

Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución

Gregorio Peces-Barba
Universidad Complutense

I. INTRODUCCION

Los derechos fundamentales en la Constitución se sitúan como valores —descritos en el artículo 1.1— que se desarrollan como Derecho positivo en el título I, especialmente en su capítulo II, sección primera, como derechos directamente asumibles por los ciudadanos (en este caso todos los ciudadanos son destinatarios de sus normas) y en el capítulo III como normas de organización cuyos destinatarios no son directamente los ciudadanos, sino todos los poderes públicos.

El concepto que se asume en la Constitución es por consiguiente el concepto dualista que distingue entre los dos momentos de los valores y del Derecho positivo de los derechos fundamentales como realización y desarrollo normativo de los valores libertad e igualdad, fundamento histórico suficiente de la objetividad relativa de los derechos fundamentales.

Una nueva reflexión crítica sobre los valores reconocidos en el artículo 1.1 y un recorrido por los principales problemas de teoría general de los derechos fundamentales será el contenido de este artículo.

II. LOS VALORES SUPERIORES DEL ORDENAMIENTO JURIDICO Y SU SENTIDO ULTIMO

Desde la teoría de la justicia hay reiteración en la enumeración de los valores superiores del ordenamiento jurídico en la Constitución. Por distintas razones, «pluralismo político» y «justicia» son reiterativos y los conceptos que representan se encuentran ya insertos en las ideas de libertad y de igualdad.

El pluralismo político es un elemento del valor libertad. En su génesis histórica en el mundo moderno, la idea de libertad, como veremos más tarde, se desarrolla a través de los derechos fundamentales y exige el pluralismo político, que, por otra parte, se manifiesta también en uno de los derechos concretos que es el derecho de asociación. Por consiguiente, desde el punto de vista teórico, no parece necesaria, sino que es reiterativa la inclusión del término pluralismo político. Si se ha mantenido, pese a su temporal exclusión por la Comisión Constitucional del Senado, es por razones políticas, ya que abundar en ese tema después de cuarenta años de régimen autoritario parece puesto en razón desde ese punto de vista.

La justicia es también un término innecesario y reiterativo con los términos libertad e igualdad que constituyen hoy el contenido material del ideal de justicia en tanto en cuanto representan los supremos valores del mundo moderno incorporados respectivamente por el liberalismo y el socialismo democrático.

El Derecho justo o la idea de justicia ha experimentado a lo largo de la historia múltiples caminos para buscar una objetividad a sus contenidos, primero a través de la autoridad del autor del «Derecho natural» —Dios— y luego, tras la ruptura de la unidad religiosa, a través de su descubrimiento por la razón, en la naturaleza humana —iusnaturalismo racionalista—. La remisión a fórmulas como la de origen romano que identifica la justicia con el dar a cada uno lo suyo o el imperativo categórico kantiano tampoco solucionaron el tema. Kelsen será tajante en su crítica: «... Sin embargo, ninguna de las numerosas teorías sobre el Derecho natural ha logrado definir con éxito el contenido de ese orden justo en una forma que siquiera se aproxime a la exactitud y objetividad con la cual la ciencia natural puede determinar el contenido de sus leyes, o la jurídica el contenido de un ordenamiento positivo. Lo que ha sido presentado como Derecho natural o lo que equivale a lo mismo, como justicia, consiste en su mayor parte en fórmulas vacías como *suum cuique* —a cada quien lo suyo— o tautologías desprovistas de significado, como el imperativo categórico, esto es, la doctrina kantiana de que uno debe hallarse determinado solamente por principios que puede querer que sean obligatorios para todos los hombres. Pero la fórmula a cada quien lo suyo no contesta la pregunta sobre qué es lo suyo de cada quién, y el imperativo categórico no dice cuáles son los principios que uno debiera querer se transformasen en obligatorios para todos...»¹.

Para la filosofía jurídica actual, ante las críticas a los planteamientos clásicos, de los que la posición de Kelsen es muy significativa, el contenido material de la justicia es precisamente el desarrollo de los valores libertad e igualdad como valores del mundo moderno con un fundamento histórico suficiente que «excluye la duda o el desacuerdo en la actualidad, pero

¹ *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducción castellana, Universidad Autónoma de México, 1.ª edición, 1949, 3.ª edición, 1969, pág. 11.

no garantiza de una vez para siempre la eliminación de todas las incertidumbres y de todas las futuras controversias...»².

Las ideas de libertad y de igualdad eran suficientes para señalar los valores superiores a incorporar al ordenamiento jurídico como voluntad del poder político representado por un Estado social y democrático de Derecho. Su desarrollo se encuentra en los derechos y en las libertades reconocidas en la Constitución³. La reiteración en el supuesto del pluralismo político tiene la explicación política que ya hemos señalado; en cuanto a la referencia a la justicia, sí puede inducir a error en tanto en cuanto se pudiera considerar que describía unos contenidos distintos a los de la libertad y de la igualdad. Únicamente cabía encontrar algún sentido a la mención pensando a largo plazo en la ampliación del contenido material de la justicia a otros valores como el de la solidaridad mencionado en otros artículos de la Constitución, como el segundo.

III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El título I se refiere a los derechos y deberes fundamentales, aunque el capítulo primero de dicho título se aparte parcialmente del enunciado general para tratar de un tema clásico en las Constituciones españolas, «De los españoles y los extranjeros» (arts. 11 a 13). También, sin embargo, esos artículos se refieren a derechos o garantías como la prohibición de imponer penas de privación de la nacionalidad para los españoles de origen (art. 11.2) o la declaración general de que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el título en los términos que establezcan los tratados y la ley, lo que supone una desconstitucionalización del tema (art. 13.1). La única limitación establecida constitucionalmente a esa remisión legal es la que el artículo 13.2 hace respecto a que sólo los españoles serán titulares de los derechos políticos establecidos en el artículo 23, aunque también abre la posibilidad de que los extranjeros puedan ejercer el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales.

Los derechos se encuentran sistemáticamente recogidos en el artículo 14 que encabeza el capítulo segundo y en las secciones primera y segunda del referido capítulo, aunque, como veremos, con distinto valor normativo en cuanto a las garantías. El capítulo tercero no supone propiamente derechos y libertades, sino normas programa para la acción normativa de los poderes públicos. El capítulo cuarto se refiere a las garantías de las libertades y derechos fundamentales⁴.

² Perelman, en su trabajo *Peut-on fonder les droits de l'homme*, en la obra colectiva *Le Fondament des droits de l'homme*, La Nuova Italia, Florencia, 1966.

³ Para mayor desarrollo de este tema, véase mi obra *Derechos fundamentales*, 2.ª ed., Guadiana, Madrid, 1976, sobre todo el tema primero sobre el concepto de derechos fundamentales.

⁴ Véase sobre el tema de la teoría jurídica de los derechos fundamentales mi libro *Derechos fundamentales*, ya citado.

Todos los derechos concretados anteriormente derivan de los dos grandes valores del ordenamiento jurídico que a nuestro juicio son relevantes: la libertad y la igualdad, y que arrancan del artículo primero, párrafo primero. Son, en definitiva, concreciones de uno, de otro o de ambos y representan una prueba más del carácter mixto del texto constitucional ya señalado y de la consiguiente influencia del pensamiento liberal y del socialismo democrático. Son asimismo una prueba del carácter dualista en que históricamente se desenvuelve el concepto de derechos fundamentales que expresa una filosofía de la libertad y de la igualdad (los derechos fundamentales como valores) que se concreta y alcanza su plenitud jurídica en su incorporación al Derecho positivo (el derecho de los derechos fundamentales) ⁵.

En cuanto a los valores libertad e igualdad, hasta hace muy poco me he inclinado por su consideración distinta, como aportaciones respectivas del liberalismo y del socialismo democrático ⁶. Sin embargo, una reflexión más profunda que he tenido que hacer sobre los aspectos de la aparición histórica de esos valores sobre su concreción en derechos fundamentales positivos y sobre su finalidad última ⁷, me ha hecho reconsiderar mi postura y me lleva hoy a afirmar que todos los derechos que se reclaman prioritariamente de la libertad o de la igualdad son derechos de libertad que pretenden en última instancia, de una forma u otra, utilizando una u otra técnica jurídica, el facilitar y el hacer posible el desarrollo integral de la persona y el ejercicio efectivo y real de su dignidad. Lo que ocurre es que los derechos de libertad de origen liberal no cumplen plenamente su función de generalización del derecho a todos de una manera efectiva y real, y será necesario para el progreso de la historia de los derechos fundamentales la aparición, desde la crítica marxista a los derechos burgueses ⁸, del componente igualitario que completa y profundiza los derechos de libertad y que descalifica o desfundamenta a aquellos de imposible carácter igualitario, como el derecho de propiedad privada en algunos de sus aspectos.

En este planteamiento hay que contemplar los derechos del título I de la Constitución. El carácter unitario como derechos de libertad se desprende del artículo 10 —declarativo y general—, que vincula los de-

⁵ Véase el tema «Aproximación al concepto» en mi obra citada en nota anterior, págs. 19 a 83.

⁶ Incluso en un trabajo muy reciente para la revista «Documentación Administrativa», núm. 180, titulado *La nueva Constitución española desde la filosofía del Derecho*, hago aún ese planteamiento en su última parte sobre la Constitución desde la teoría de la justicia.

⁷ Esa reflexión se ha producido en la preparación de una ponencia sobre los derechos económicos, sociales y culturales para las Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho que tuvieron lugar en Murcia los días 14 y 15 de diciembre de 1978, bajo la dirección del profesor Hurtado Bautista, pendiente de publicación.

⁸ Véase *Sobre la cuestión judía*, en *Escritos de juventud*, selección, traducción e introducción de Francisco Rubio Llorente, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Caracas, 1965.

rechos con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. El componente igualitario que matiza fuertemente estos derechos de libertad para hacerlos reales se concreta en la Constitución desde dos perspectivas, desde la declaración general de igualdad ante la ley y del derecho a la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social que establece el artículo 14 y por la muy importante norma contenida en el artículo 9.2.

«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.»

Es una norma dirigida a los poderes públicos, es decir, al legislativo, al ejecutivo y al judicial del Estado y de las comunidades autónomas para que, en desarrollo de la función promocional del Derecho, facilite la realización de los valores de libertad e igualdad, que es tanto como decir de los derechos fundamentales en que cristalizan en este título I esos valores. Algunos autores no han entendido la, a mi juicio, muy importante referencia que hace el artículo a la libertad y a la igualdad de los grupos junto a la de los individuos. Así, el profesor Varela dice refiriéndose al artículo: «con ribetes desafortunados como la irresponsable y caprichosa referencia a 'la libertad e igualdad... de los grupos' en el mismo plano que 'la libertad e igualdad del individuo...'»⁹.

Por su parte, el profesor Alzaga me hace el honor de atribuirme la paternidad del texto cuando afirma: «Una primera cuestión merece ser anotada. Es la de que, hasta donde llegan nuestros conocimientos, este precepto es el primero, en el ancho panorama del Derecho constitucional comparado, que convierte en titulares de la libertad y de la igualdad no sólo a las personas, sino también a los grupos. Tan singular aportación al Derecho constitucional tiene su origen en la tenacidad sin límites que el ponente señor Peces-Barba, prestigioso dirigente del PSOE, puso en la inclusión de tal inciso. Pese al auténtico respeto y admiración que sentimos por tan ilustre parlamentario, no podemos dejar de decir que, a nuestro juicio, este inciso es desde todo punto de vista desafortunado...»¹⁰.

En parte esta incomprensión deriva de la falta de horizontes filosófico-jurídicos, de los profesores de Derecho constitucional y de su posición vinculada a la ciencia jurídica clásica de origen iusprivatista liberal e individualista. En efecto, la referencia a los grupos está muy puesta en razón para superar el horizonte individualista de la ciencia del Derecho

⁹ En la obra *Lecturas sobre la Constitución española*, I, ya citada en su, por otra parte, muy apreciable trabajo *La Constitución española en el marco del Derecho constitucional comparado*, pág. 22.

¹⁰ En su obra *La Constitución española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pág. 135.

y para tener en cuenta no sólo las estructuras jurídicas de cooperación, sino las estructuras de integración en que el hombre se realiza¹¹ y que forman lo que Gurvitch llama el Derecho social. La incorporación en este texto de la referencia a los grupos abre la posibilidad y la promoción a aspectos sociales donde el hombre realiza su actividad con otros hombres, a la autogestión, a las cooperativas, etc., colocándolas al mismo nivel del hombre individual y superando las limitaciones del normativismo individualista que han criticado desde sus perspectivas el socialismo democrático, el catolicismo social y el sindicalismo, entre otros. En definitiva, es una positiva contribución a la socialización y a la ampliación de la democracia a la sociedad civil que pretende que los progresos formales del Derecho puedan convertirse en reales por impulso de los poderes públicos y que este esfuerzo alcance tanto a los individuos como a los grupos. Todo intento de descalificar este precepto me parece regresivo y pretende neutralizar los importantes efectos que desde la perspectiva del socialismo puede tener el precepto para profundizar la democracia.

Desde el punto de vista de las fuentes de los derechos fundamentales, la Constitución se adscribe al sistema mixto, donde los derechos fundamentales están en la Constitución y son desarrollados cuando es necesario por la ley. A estos efectos, es muy importante señalar la limitación, casi obvia, por otra parte, que se hace al desarrollo legislativo de los derechos y de las libertades, «... que en todo caso deberá respetar su contenido esencial...» (art. 53.1). Algunos artículos tienen un desarrollo constitucional bastante amplio (arts. 16, 17.1 y 2, 18, 19, 21, 22, 23.1, 24, 25), mientras que otros tienen importantes remisiones a la ley (artículos 17.3, 20, 27, 28, 29, 30.2).

En cuanto a la clasificación de los derechos, podemos hacerla por el contenido o la materia de los mismos, por las garantías que les protegen, por el sujeto y por la forma de su ejercicio, que quizá es el criterio más importante.

Por el contenido, los derechos que recoge la Constitución se pueden dividir en personalísimos, económicos, sociales y culturales, derechos de sociedad, comunicación y participación y derechos cívico-políticos.

Los derechos personalísimos son los que se refieren a la persona en sí misma, y son el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15), a la libertad de pensamiento y de conciencia (art. 16), al honor y a la fama (art. 18.1), a la objeción de conciencia (art. 30.2).

Los derechos económicos, sociales y culturales comprenden el derecho al trabajo (art. 35), los derechos sobre las condiciones de trabajo (artículo 40.2), el derecho a la seguridad social (art. 41), el derecho de huelga (art. 28.2), el derecho a la libre sindicación (art. 28.1), el derecho a la educación y la libertad de enseñanza (art. 27), el derecho a la protección

¹¹ Véase sobre este tema, por ejemplo, Gurvitch, *Sociología del Derecho*, traducción española de Angela Romero Vera, Editorial Rosario, Rosario, 1945; Legaz Lacambra, *Filosofía del Derecho*, 3.ª edición, Bosch, Barcelona, 1972, págs. 506-510.

de la salud (art. 43), el derecho a la cultura (art. 44), el derecho al medio ambiente (art. 45), el derecho a la vivienda (art. 47), el derecho de los consumidores y usuarios a la seguridad, la salud y la defensa de sus intereses económicos (art. 51), el derecho de autor (20.1b).

Los derechos de sociedad, de comunicación y de participación, como he dicho anteriormente, «son más amplios que los estrictamente políticos y representan el reconocimiento de un campo de relaciones sociales distinto y más amplio que las relaciones individuo-Estado. Supone el reconocimiento del pluralismo estructural de la sociedad, el desarrollo del individuo en grupos sociales distintos del Estado...¹². Entre éstos están el derecho de reunión (art. 21), el derecho de asociación (art. 22), el derecho a la información (art. 20.1c.3 y 5), el derecho de asilo (art. 13.4), el derecho a la nacionalidad (art. 11.2), la libertad de residencia y de circulación (art. 19), la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones (art. 18.2.3 y 4), el derecho a la no discriminación (art. 14).

Los derechos cívico-políticos son aquellos que favorecen o hacen posible la democracia política y la realización del fin de la seguridad jurídica, central en el Estado. Son el derecho a la participación política (art. 23), el derecho a la libertad individual y a la seguridad (art. 17), el derecho a la jurisdicción y a las garantías procesales (art. 24), el derecho a la legalidad de las personas (art. 25), el derecho de petición (art. 29).

Por las garantías que los protegen podemos distinguir entre:

a) Derechos protegidos ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. Son los artículos 14 y 15 a 29 inclusive (art. 53.2).

b) Derechos protegidos por el recurso de amparo ante el tribunal constitucional, que son los mismos de la letra anterior más el derecho a la objeción de conciencia reconocido en el artículo 30.2 (art. 53.2).

c) Derechos protegidos ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con las leyes que los desarrollen. Los de los artículos 39 a 52 ambos inclusive.

d) Derechos protegidos por el recurso de inconstitucionalidad del artículo 161.1a. Los del capítulo segundo del título, es decir, desde el artículo 14 a 38. Eso supone que los artículos 30 a 38 sólo tienen esta protección.

Como se ve, se consideran desde este punto de vista derechos fundamentales en plenitud de los artículos 14 a 29, que tienen una garantía plena ante la jurisdicción ordinaria y ante el tribunal constitucional. Los artículos 39 a 52, que son aquellos que contienen normas, programas o mandatos al legislador para su desarrollo concreto, sólo se garantizarán en su caso en las leyes que los desarrollen y de acuerdo con sus preceptos. Los derechos recogidos en los artículos 30 a 38 no tienen en realidad una protección específica como tales derechos fundamentales, sino la protección de todo el texto constitucional frente a las disposiciones legislati-

¹² Véase mi obra *Derechos fundamentales*, ya citada, pág. 108.

vas que sean anticonstitucionales. La referencia que se hace al artículo 161.1a en el artículo 53.1 era innecesaria por obvia y se incluyó por una insistencia tenaz durante las reuniones para fijar los acuerdos, el consenso, del ponente de UCD señor Herrero de Miñón.

Por razón del sujeto, los derechos fundamentales se dividen en:

a) *Derechos de la persona humana*, que son la mayor parte de los existentes en el texto constitucional.

b) *Derechos de las comunidades*, de las confesiones religiosas (art. 16), de la familia a la intimidad (art. 18), a la formación religiosa y moral de los hijos (art. 27.3), a la protección social económica y jurídica (art. 39.1), de los grupos sociales y políticos significativos al acceso a los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público (art. 20.3), de las personas jurídicas a la creación de centros docentes (art. 27.6), de los sindicatos a formar confederaciones o a fundar o afiliarse a organizaciones sindicales internacionales (art. 28.1) y a la negociación colectiva (art. 37.1), de las asociaciones de consumidores y usuarios a ser oídos en las cuestiones que puedan afectarles (art. 51.2), de las nacionalidades y regiones a la autonomía (art. 2).

Y por fin, lo que es más importante, por la forma de su ejercicio los derechos fundamentales se dividen en:

a) *Derechos autonomía*: son aquellos que crean un ámbito de libre desarrollo del titular del derecho garantizado por el Estado frente a interferencias o intromisiones de los poderes públicos, de los grupos sociales o de los demás individuos. La función del Derecho es en este campo de garantía y de defensa de ese ámbito de libertad y de represión frente a los que intentan violarla. Estos derechos autonomía se encuentran en los derechos personalísimos, como en el derecho a la vida, a la libertad de pensamiento y de conciencia; en los derechos económicos, sociales y culturales, como en el derecho a la huelga, a la libre sindicación o a la libertad de enseñanza; en los derechos de sociedad, de comunicación y de participación, como en los derechos de reunión o de asociación, y en los derechos cívico-políticos, como en aspectos del derecho a la participación política y en el derecho de petición, por ejemplo.

b) *Derechos subjetivos de crédito frente al Estado, a los demás poderes políticos o a otros particulares*. Son aquellos derechos en virtud de los cuales el titular puede exigir un determinado comportamiento o que se le facilite determinada prestación por quien esté obligado a ello. Se encuentra también en todos los derechos clasificados por su contenido, y no es cierta la creencia sostenida por algunos autores y que yo mismo he sustentado de que son un tipo de forma de ejercicio existente sólo en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales¹³.

c) *Derechos deber*. Son aquellos que en su condición de derechos

¹³ Véase en ese sentido, por ejemplo, Jean Rivero, *Les Libertés Publiques, Les droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, París, 1973, págs. 100 y sigs.

participan de la estructura del ejercicio de los dos tipos anteriores, especialmente del segundo, pero que, junto con el derecho a ejercerlo, el titular tiene también el deber de hacerlo, y el Estado o los poderes públicos obligados a satisfacerlo tienen también el derecho a exigirlo. Desde la perspectiva del titular del derecho, lo que caracteriza a este tercer grupo es la coincidencia en él junto a ese derecho del deber, por lo que le llamamos derecho-deber. El ejemplo más claro es el del derecho a la educación. Los poderes públicos que tienen que satisfacerlo si el titular del derecho lo exige pueden a su vez exigirle su efectiva realización. El artículo 27 establece el derecho a la educación en número primero, pero a su vez señala en su número cuarto que la enseñanza básica es obligatoria.

Estamos en un supuesto al que se da tanta importancia que el ejercicio del derecho no se abandone a la autonomía de la voluntad. Su titular no puede disponer de él libremente, el encargado de satisfacerlo tiene también la posibilidad de exigirlo. Es un derecho-deber.

Respecto al tema del control del ejercicio de los derechos fundamentales de autonomía, el sistema que la Constitución establece es con carácter general el *a priori* o represivo, que es el más favorable a los mismos. En efecto, en este sistema el ejercicio de la libertad se produce sin ninguna intervención previa del poder. La infracción de los límites produce la puesta en marcha del aparato represivo del Estado a través del Derecho penal.

Así, desaparece la censura previa (art. 20.2), el ejercicio del derecho de reunión no necesita autorización previa (art. 21.1) y la inscripción de las asociaciones lo sería a los solos efectos de publicidad (art. 22.3). Solamente existe un resto de control *a priori* en las reuniones en lugares de tránsito público y en las manifestaciones, donde se exige comunicación previa y cabe la prohibición «cuando existen fundadas razones de alteración del orden público con peligro para personas o bienes...» (art. 21.2). Esta excepción tiene una evidente justificación y supone alteración del principio general. Se explica por la trascendencia del tema y sobre todo porque el ejercicio del derecho pone en juego los derechos de los demás y debe ser calibrado muy estrictamente.

Del análisis general del tema del control del ejercicio en relación con otros sistemas se desprende que el sistema instaurado en la Constitución otorga facultades muy limitadas a la Administración y sobre todo confía a los jueces la vigilancia del sistema ¹⁴.

La suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales se vincula a la declaración de los estados de excepción y de sitio (art. 116), es decir, a la existencia de circunstancias excepcionales donde esté en peligro el propio ejercicio de derechos y libertades, el normal funcionamiento de las instituciones del Estado y la independencia, la integridad o la unidad de España y a la apreciación de éstas por el Congreso de los Diputados.

¹⁴ Sobre este tema, véase «El control del ejercicio de los derechos fundamentales», en mi obra *Derechos fundamentales*, ya citada.

Hay que observar que la declaración del estado de excepción exige autorización del Congreso y que la del estado de sitio la declara también el Congreso por mayoría absoluta a petición del Gobierno, mientras que el estado de alarma que puede ser declarado por el ejecutivo no permite la suspensión del ejercicio de ningún derecho. La filosofía que inspira estos planteamientos y que es asimismo la de la defensa del contenido esencial de los derechos y de las libertades, es encargada en este caso excepcional al legislativo¹⁵, que debe apreciar la procedencia o improcedencia de la medida de suspensión. Todas las facultades que corresponden al Congreso se transmiten a la Diputación Permanente en los supuestos de disolución o de expiración del mandato (art. 78 y 116.5.º).

Los derechos que pueden ser suspendidos durante el estado de excepción son el derecho a la libertad (art. 17), con excepción del núm. 3 del artículo, que comprende el derecho a la asistencia de abogado desde el momento de la detención, y al derecho a ser informado de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligado a declarar, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones (art. 18.2 y 3), la libertad de movimientos y de circulación (art. 19), la libertad de expresión y de información y las limitaciones al secuestro de publicaciones (art. 20.1a y d y 5), la libertad de reunión (art. 21), el derecho de huelga (art. 28.2) y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2). Durante el estado de sitio puede ser suspendido además sólo el número 3.º del artículo 17, excluido durante el estado de excepción.

La valoración de esta regulación tiene que ser altamente positiva dentro de lo vidrioso del tema, sólo admisible en circunstancias de extrema gravedad, puesto que cumple todos los requisitos exigidos por la doctrina para su aceptación en una sociedad democrática.

En concreto, no se puede disolver el Congreso mientras estén declarados los estados de alarma, excepción y sitio, y si estuvieran las Cámaras en períodos de vacaciones parlamentarias quedan automáticamente convocadas, y su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales, no podrá ser interrumpido (art. 116.5).

Solamente hay una excepción a la vinculación de la suspensión de los derechos a los estados de excepción y de sitio con todas las garantías, vinculada a la aprobación de una ley orgánica y para los artículos 17.2 y 18.2.3 y a personas determinadas en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas (art. 55.2). Se trata de otorgar facultades sólo para esas personas presuntas terroristas que están poniendo en dificultad a la democracia,

¹⁵ Sobre este tema, véase Morelli, *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno*, Giuffrè, Milán, 1966, y Drago, *L'Etat d'urgence et les libertés publiques*, «Revue de Droit Public et de la Science Politique», París, 1955, páginas 671 y sigs. El reflejo de un seminario de la ONU celebrado en Kingston, Jamaica, del 25 de abril al 8 de mayo de 1967 se encuentra en un número especial de la «Revista de la Comisión Internacional de Juristas», Ginebra, 1968.

siempre con intervención judicial y control parlamentario, lo cual es también homologable con el actual Derecho comparado y con el Consejo de Europa.

Por fin, hay que referirse a las garantías de los derechos fundamentales.

Junto a las garantías generales que otorga a los derechos fundamentales la propia existencia de la sociedad democrática, única homogénea y en la que se puede hablar de existencia de éstos, la Constitución prevé una serie de garantías específicas.

En primer lugar, hay que señalar la reserva de ley para el desarrollo de los derechos y libertades del capítulo segundo (sólo se exceptúan, como es lógico, los principios rectores del capítulo III), lo que impide una acción normativa, que podría ser restrictiva, del poder ejecutivo.

En segundo lugar, las normas legales de desarrollo de los derechos del capítulo segundo deberán respetar el contenido esencial de éstos y por supuesto —y no era necesario ni decirlo— están sometidas al recurso de inconstitucionalidad del artículo 161.1a.

Pero sobre todo las garantías judiciales, las más efectivas, aseguran para el artículo 14 y para la sección primera del capítulo segundo un recurso ante los tribunales ordinarios en caso de violación por un procedimiento basado en los principios de preferencia y de sumariidad. Ciertamente que esta referencia exige una opción sobre el tipo de proceso de defensa de los derechos fundamentales, y sin perjuicio del funcionamiento de los procesos ordinarios civiles, penales y contencioso-administrativos, quizá fuera útil configurarlo como un proceso *sui generis* de tipo interdictal ante el juez civil. Esta opción no cerraría el proceso ordinario correspondiente sobre el fondo, sino que restablecería sin más la violación producida a la espera del resultado de ese proceso de fondo si alguien lo plantea ¹⁶.

Una apelación igualmente sumaria ante el tribunal civil superior cerraría este ciclo, que debe ser tratado, a mi juicio, con independencia del recurso de amparo ante el tribunal constitucional, que, por consiguiente, no debería en ningún caso ser configurado como un recurso de apelación, sino como un recurso extraordinario independiente en los casos y en las formas que establezca la Ley Orgánica del tribunal constitucional en relación con los artículos 53.2 y 161.1b de la Constitución ¹⁷. Hay que observar que el recurso de amparo cabe ante la objeción de conciencia,

¹⁶ Me parece este procedimiento más aceptable, aunque no es incompatible con una reducción de plazos y una reforma de algunos procesos donde estén en juego los derechos y libertades, fórmula a la que se inclina Oscar Alzaga desde la perspectiva de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales (véase su obra, ya citada, pág. 348).

¹⁷ Sobre el tema, véase Capelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Giuffrè, Milán, 1955, 1.ª reimpresión, 1974. Véase asimismo la publicación del Coloquio de Heidelberg sobre *La jurisdicción constitucional en la actualidad*, del Max Plank Institute, bajo la dirección del profesor Mosler, con ponencias de los profesores Eisenmenn, Hamon, Sandulli, Castberger, Balta, Imboden, etc., en Carl

que está fuera del ámbito del artículo 14 y de la sección primera del capítulo segundo, protegidos por el recurso de amparo en paralelo al recurso ante los tribunales ordinarios ya señalado.

En este ámbito hay que señalar también la incorporación a la Constitución de una institución procedente del Derecho nórdico que ha sido muy eficaz para la defensa de los derechos del administrado y que es la del Defensor del Pueblo, «... alto comisionado de las Cortes Generales designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este título (se refiere al título I), a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales» (art. 54). La Ley Orgánica del Defensor del Pueblo debe tener carácter prioritario junto con la Orgánica del poder judicial y con la del Tribunal Constitucional en el desarrollo de la Constitución. No estamos con esta institución del *Ombudsman* español ante una garantía jurisdiccional, pero sí ante una garantía que ha funcionado muy correctamente, sobre todo en Suecia, desde donde ha sido exportada. Su origen en aquel país está en la Ley Constitucional de 1809. Su función es recibir las denuncias y quejas de los particulares contra órganos y funcionarios administrativos, y tras las averiguaciones pertinentes puede criticar y publicar sus informes-dictámenes, aunque no tiene facultades ejecutivas ni jurisdiccionales. En España tendrá que centrar su acción en relación con la Administración pública respecto a los derechos del título I, según afirma el artículo 54, aunque naturalmente podrá intervenir en aspectos que, teniendo su origen en ese título (art. 23, referido a la participación), se desarrollan en otras partes de la Constitución (por ejemplo, arts. 105 y 129). Del acierto en su desarrollo por la Ley Orgánica dependerá el éxito y la eficacia de esta institución¹⁸.

Heymanss, Verlag KG Colonia, Berlín, 1962. En castellano, Héctor Fiz Zamudio, *Protección procesal de los derechos humanos*, en «Revista de Derecho Procesal», Madrid, 1972, donde da cuenta del tratamiento del tema en el V Congreso Internacional de Derecho Procesal.

¹⁸ Sobre el tema, véase Legrand A., *L'Ombudsman Scandinave*, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, París, 1970; Rowat Donald C., *The Ombudsman: Citizen's defender*, Allen y Urwin, Londres, 1965 (traducción castellana de Eduardo Suárez y prólogo de Daniel Escalante, Fondo de Cultura Económica, México, 1973). Véase también la obra colectiva dirigida por el profesor Mortati, con la colaboración de Vergottini, Di Giovine, Pizzetti, Serpi, G. Treves, Zagrebelsky, *L'Ombudsman (Il difensore civico)*, Unione Tipografico-editrice Torinese, Turín, 1974. En España, véase A. Gil Robles, *El Ombudsman como medio de control parlamentario de la Administración*, «Revista de la Universidad Complutense de Madrid», núm. 81, Madrid, 1972, págs. 95-107.